

2010年第2辑 (总第52辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◆主编

本辑要目

【博鳌法学论坛】

奚晓明 / 在2010博鳌法学论坛暨第七届法官与学者对话民商法论坛上的讲话
杨立新 王竹 / 21世纪初中国民商法学研究的十年回顾与十年展望

【司法解释之窗】

刘贵祥 高晓力 / 《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》解读

【法学专论】

谭玲 谢文练 郭尔绚 / 论侵权责任法中的不真正连带责任

【判例评析】

吴秋余 / 网络服务提供者侵害人格权问题研究

——兼议侵权责任法第36条的规定

裴桂华 代净 / 网络服务提供者侵权责任之界定

——“淘宝网”网络服务提供者涉侵犯著作权案评析

人民法院出版社

2010 年第2辑(总第52辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2010 年. 第 2 辑: 总第 52 辑/王利明主编. —北京: 人民法院出版社, 2010. 10
ISBN 978 - 7 - 80217 - 967 - 7

I. ①判… II. ①王… III. ①判例 - 研究 - 中国 - 丛刊
②法律解释 - 研究 - 中国 - 丛刊 IV. ①D920.5 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 191990 号

判解研究

2010 年第 2 辑 (总第 52 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专 肖瑾璟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745

电 话 (010) 67550626 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 260 千字

印 张 15.75

版 次 2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 967 - 7

定 价 38.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇二年

七月一日

判解研究

2010年第2辑

总第52辑

主办：中国人民大学民商事

法律科学研究中心

出版：人民法院出版社

顾问：万鄂湘 奚晓明

编委会主任：王利明

编委会副主任：杨立新

编委会成员：

(按姓氏笔画排序)

孔祥俊 王 轶 龙翼飞

刘春田 刘贵祥 刘德权

江 伟 杜万华 宋晓明

吴汉东 罗东川 郑学林

俞灵雨 姚 辉 郭明瑞

董安生

主 编：王利明

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 麻锦亮

周云涛 段 睿

梁展欣 吴秋余

肖瑾璟

地址：北京市东城区东交民巷

27号人民法院出版社

邮编：100745

Email：caselaw@sohu.com

电话：010-67550626

目录 CONTENTS

博鳌法学论坛

在2010博鳌法学论坛暨第七届法官

与学者对话民商法论坛上的讲话

..... 奚晓明 1

21世纪初中国民商法研究的十年

回顾与十年展望

..... 杨立新 王 竹 4

2010'博鳌法学论坛暨第七届法官与学者

对话民商法论坛会议综述

..... 岳业鹏 16

司法解释之窗

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷

案件若干问题的规定(一)》解读

..... 刘贵祥 高晓力 31

法官论坛

合同审批的民法效力

——以外资审批为中心 麻锦亮 44

平衡与判定：不动产确权诉讼若干问题探析

..... 王振宏 72

第三人与有过失及其责任承担

——以未成年人之法定代理人的与

有过失为中心 丁亮华 85

法学专论

论侵权责任法中的不真正连带责任

..... 谭 玲 谢文练 郭尔绚 101

论机动车交通事故责任承担规则

——以侵权责任法相关规定为核心

..... 刘召成 116

论行政审批对特定财产权利转让合同效力的影响

——基于负担行为和处分行为的视角 蒋文军 130

判例评析

网络服务提供者侵害人格权问题研究

——兼议侵权责任法第 36 条的规定

..... 吴秋余 164

“性生活权利”何以可能？

——以侵权责任法的保护对象为视角

..... 管洪彦 182

网络服务提供者侵权责任之界定

——“淘宝网”网络服务提供者涉侵犯著作权案评析

..... 裴桂华 代 净 201

侵权损害赔偿中配偶责任之分析

..... 吴亮亮 215

企业冠名中相关商标权问题研究

——从一起商标权案例说起

..... 元 蕾 杜丽霞 227

原股东查阅公司会计账簿资格与

不正当目的的判断

——“李某诉江苏蓝天会计师事务所有限公司案”评析

..... 徐 浩 235

编辑后语 246

在 2010 博鳌法学论坛暨 第七届法官与学者对话民商法论坛上的讲话

(2010 年 8 月 4 日)

最高人民法院副院长 奚晓明

尊敬的各位学者、各位法官，各位来宾：

今天，我们相聚在美丽的博鳌，参加由中国人民大学民商事法律科学研究中心、人民法院出版社、海南省高级人民法院、海南大学法学院共同主办的“博鳌法学论坛暨第七届法官与学者对话民商法论坛”，并一起庆祝中国人民大学民商事法律科学研究中心成立十周年和《判解研究》创刊十周年。我谨代表最高人民法院向论坛的召开表示热烈祝贺，向辛勤耕耘在我国民商法理论与司法实践领域的各位专家学者和法官致以崇高的敬意。

在刚刚过去的七月，我们一起见证了侵权责任法由法律规范迈向司法实践的过程，这是我国民法典建设领域具有重大意义的事件，侵权责任法的颁布和顺利实施，凝结着众多法学家和法律工作者的智慧与汗水，而如何让这一我国民法典建设的杰出成果真正在司法实践中发挥应有的作用，则需要一代又一代法律人的不懈努力。

作为这一过程的参与者和见证者，我们在备感骄傲和自豪的同时，也深感责任重大。因此，本届论坛确定的主旨为配合侵权责任法的实施，深化侵权责任法理论和实践中的疑难问题的研究，重点研究侵权责任法的司法解释的有关问题，并就此问题进行学者与法官间的交流。我相信，每一位专家、学者和法律工作者都将会有一系列关于侵权责任法的思考与论述

在这次论坛上得到交流和展示,希望大家畅所欲言、各抒己见,为正在考虑制定的侵权责任法司法解释,保障侵权责任法的正确实施,更好地保护民事主体的民事权利,构建和谐社会,贡献每一个人的智慧。

进入新世纪以来,我国的法制建设和司法改革不断加速推进,这对法学界和司法实务界都提出了更高的新要求。加强法官与学者的对话,在法学理论界与实务界之间真正搭起对话与互动的平台,实现理论与实践的紧密结合,不仅是越来越多有识之士的共同呼声,也成为司法改革不断深化的必然要求。这其中,中国人民大学民商事法律科学研究中心作为民商法领域全国唯一的重点科研基地,在人才培养、学术研究、立法建设、司法实践等各方面都起到了领头羊的作用。中心凭借自身具有的人才、学术资源等优势,参与了一系列民商法领域的重大立法、司法问题研究。特别值得一提的是,中心积极关注我国当前司法实践领域的一系列前沿课题,有针对性地举办了一些推动法学理论界与司法实务界交流的活动,为推动我国司法实践的进步做出了重大贡献。其中,中心和人民法院出版社共同举办的“法官与学者对话民商法论坛”连续召开了七年,取得了相当丰硕的成果,已经成为学界和业界知名的品牌活动,在民商法学界、实务界和社会上都引起了较大反响,真正发挥了促进法学研究与司法实践交流、互动平台的作用。最高人民法院支持这种探索,促进法官更好地与法学界保持紧密的联系,建设好学习型法院。

经过十年的发展,民商事法律科学研究中心已经成为我国民商法学领域公认的教学中心、学术中心、信息中心和国际交流中心,成为我国民事立法与司法研究的一面旗帜,也为我国推进司法改革和完善审判实践提供了重要的理论基地。值此民商事法律科学研究中心成立十周年之际,我谨代表身处司法实践前沿的各位法官,向奋斗在民商法教学研究和理论建设领域的各位专家、学者致以崇高的敬意!没有你们的辛勤付出,就没有我国今天立法建设与司法改革的巨大成就。同时,我们也期待着法学理论界能够不断诞生出像民商事法律科学研究中心这样既立足理论研究,又积极关注司法实践的科研机构,为我国社会主义法制建设和司法改革的不断推进提供理论基础和智力支持。

长期以来,最高人民法院一直致力于推进法官理论素养提升和专业水平建设,采取各种方式推动法官参与学术探讨、理论研究和实践探索。人

民法院出版社与中国人民大学民商事法律科学研究中心于2000年共同创办的旨在推动法学理论界与司法实务界互动交流的学术连续出版物——《判解研究》，始终以推动中国判例研究和法学方法论研究深入开展的根本宗旨，以法律人的思维和视角关注司法实践、追踪社会热点，成为在推动法学理论与司法实务紧密衔接、相互促进方面最为全面、最为深入的出版物之一。希望《判解研究》能够不断贡献紧跟时代潮流、紧跟社会热点、紧跟司法实践的理论成果，继续用自己的不懈努力在法学理论界与司法实务界之间架起沟通的桥梁，为专家学者提供百花齐放、百家争鸣的舞台，为司法实践提供深入浅出、有的放矢的理论镜鉴，为广大读者提供汲取知识、释疑解惑的良师益友。

近年来，在党中央关于司法体制改革一系列总要求的指引下，人民法院广泛开展了建设学习型法院的活动，涌现出了一大批既有丰富实践经验，又具备较高理论素养和专业水平的学习型法官，海南省法院就是其中的突出代表之一。通过大力加强民事审判人员的学历教育和专业培训，通过以会代训、举办专题讲座和法律培训班、组织案例研讨、资深法官教法官、庭审观摩讲评等多种形式，突出培训的针对性和实战性，及时实现了民事法官的知识更新，提升民事审判法官的庭审驾驭能力、审判实务能力和调解能力，大大提高了法官的业务素质，为圆满完成繁重的审判任务提供了有力支撑，为贯彻落实国务院《关于推进海南国际旅游岛建设发展的若干意见》，服务海南经济社会发展大局，为国际旅游岛建设开好局、起好步提供了有力的司法保障和良好的司法服务。

“潮平两岸阔，风正一帆悬”。我们有幸生活在这样一个法学理论与司法实务界才俊辈出、成果丰硕的年代，有幸见证和参与我国社会主义法制建设加速推进的伟大工程。希望这次研讨会的召开能够成为推动我国侵权责任法不断完善发展的一次重要会议，也希望能够为各位专家学者更好地了解司法实践、为各位法官更好地学习借鉴理论成果提供宽阔的平台，大家一起来为我国民商法学研究与司法建设的不断发展提供更加丰富的理论成果与实践经验。

最后，预祝论坛圆满成功！☞

21 世纪初中国民商法研究的 十年回顾与十年展望

杨立新* 王 竹**

由中国人民大学民商事法律科学研究中心主办，海南大学法学院承办的“2010 年民商法理论研究回顾与展望研讨会”于 2010 年 1 月 22 日在海南三亚市召开。参加本次研讨会的有中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新教授、烟台大学前校长郭明瑞教授、清华大学法学院崔建远教授、北京大学法学院钱明星教授、海南大学法学院院长王崇敏教授、中国人民大学法学院姚辉教授、中国人民大学法学院副院长王轶教授、吉林大学法学院副院长李建华教授、大连海事大学法学院翟云岭教授、四川大学法学院王竹副教授等。

本次会议的主题包括两个方面：第一，总结合同法实施以来的 21 世纪中国民商法研究第一个十年取得的成就和存在的问题；第二，对 21 世纪第二个十年中国民商法学研究的发展制定战略规划，提出十年发展纲要。与会学者经过讨论一致认为，十年来，中国民商法学研究

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心主任，教授。

** 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，四川大学法学院副教授。

为建立社会主义市场经济法律体系作出了重大贡献，为社会主义市场经济发展提供了法律方面的智力支持，促进了中国公民权利意识的觉醒，加强了对私权的保护，主要体现在民商法学研究的全面化、研究方法的多元化、学术研究的规范化、观点见解的深刻化和民法理论的体系化五个方面。中国民商法学研究在 21 世纪的第二个十年的发展，不但要解决前十年研究中存在的问题，而且要对内加强民法、商法、知识产权和劳动法之间的联系和相关理论成果的吸收和借鉴，对外要加强民商法与民事诉讼法的整合，以制定《民法典》为目标，通过法教义学的形成与完善以及方法的多元化，全面提升中国民商法的研究水平和研究品位。

一、21 世纪第一个十年我国民商法学研究取得的成就

从 1999 年到 2009 年这十年中，我国民商法学研究取得了巨大成就，为建立社会主义市场经济法律体系和发展社会主义市场经济提供了重要的智力支持。主要体现在如下三个方面：

（一）为基本完善中国民商事立法体系做出了重要贡献

十年来，中国立法机关共新起草民商事法律 9 部，修改 14 部共计 18 次，与上个世纪最后 15 年起草的继承法、民法通则等 10 部法律一起，已经形成了我国民商事立法的体系。十年来，民商法学者参与的立法活动主要包括如下三个方面：

第一，在民法通则、继承法、收养法、修改前的婚姻法基础上，合同法、物权法和侵权责任法三大立法成就卓著，婚姻法修改符合社会实际需要，民事基本法体系已经建立。1999 年 10 月 1 日合同法的生效与原经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法的同时废止，标志着我国市场经济基本交易制度的统一与完善。2001 年的婚姻法修订，总结了自婚姻法 1981 年实施以来的 20 年中，中国婚姻法律实践的经验和教训，根据社会实际需要，全面完善了婚姻家庭制度，为稳定家庭关系，促进社会和谐建立了法律框架。经过“违宪风波”的洗礼，物权法终于 2007 年 3 月 16 日获得第十届全国人民代表大会第五次会议通过。物权法不但对于民事财产关系的保护提供了基本的法律制度，而且物权法通过的本身就是重大立法成果。在中国经济发展向何处去，改革开放是不是要继续坚持下去的关键时期中，中国民商法学者顶着压力，为物权法的通过保驾护航，使物权法在坚

持改革开放,走有中国特色的社会主义市场经济的道路上,发挥了极为重要的作用。2009年12月26日侵权责任法的通过,确立了“总则-分则-侵权责任”的“中国式”民法典模式,标志着中国民事基本法体系的建立。在这四部法律的起草、修正和实施过程中,中国民法学者积极参与,献言献策,保驾护航;在法律通过和修订后,又通过讲座、出版等方式,为新法宣传,为群众解惑,为保证立法质量和社会效果提供了重要的智力和行动上的支持。

第二,为了适应加入WTO的新形势,立法机关修订了大量的民商事法律,主要包括三资企业法和主要的知识产权法。在三资企业法的修改方面,外资企业法和中外合作经营企业法于2000年10月31日修正并于同日实施,中外合资经营企业法于2001年3月15日第二次修正,明确了三资企业的国民待遇。为达到TRIPs协议的要求,专利法首先于2000年修正,著作权法和商标法随后于2001年修正。2008年专利法再次修正,标志着我国知识产权法律已经完全符合了TRIPs协议的要求。在三资企业法和知识产权法的修改过程中,中国商法学者和知识产权法学者提供了大量的立法建议,有力的支持了立法机关的立法工作。

第三,为适应改革开放的新阶段的经济发展新形式,完善商事法律制度,建立市场交易平台法律框架。我国商事法律制度建立于上个世纪90年代中后期,1999年以来,我国相继制定了个人独资企业法(1999年)、信托法(2001年)、证券投资基金法(2003年)、企业破产法(2006年),先后修订了保险法(2002年修正,2009年修正)、商业银行法(2003年修正)、公司法(2004年修正、2005年修订)、证券法(2004年修正、2005年修订)、票据法(2004年修正)和合伙企业法(2006年修订)。为建立符合市场经济要求的交易平台制度,立法机关于1999年制定了招标投标法,于2004年修正了拍卖法。为进一步适应互联网时代的需要,电子签名法于2004年应运而生。在这些法律的制定和修正过程中,中国民商法学者积极参与,结合多方社会力量,为我国市场经济发展进入改革开放新阶段提供了有力的法律保障。

(二) 为中国的民事司法进步做出了重要贡献

十年来,最高人民法院制定了40余部民商事司法解释。我国民商法学者与最高人民法院各民事业务庭紧密合作,参与了其中绝大部分司法解释

的起草工作，主要包括如下方面：

第一，结合分编起草的民法典各编实施中的具体问题，适时起草相关司法解释。结合2001年婚姻法的修改，最高人民法院起草了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》“（一）”和“（二）”，其中吸收了大量学者的建议。合同法方面，在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》的基础上，民商法学者先后参与了《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》、《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》、《审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》、《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》等多个司法解释的起草，并最终促成了《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》的出台。在物权法颁布之前，《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》凝聚了大量学者研究担保法的心血；物权法颁布之后，中国人民大学民商事法律科学研究中心与最高人民法院民一庭连续召开多次研讨会，促成了《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》、《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》和《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》的顺利出台。侵权责任法出台之前，最高人民法院颁布的《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》和《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》前后召开多次专家论证会，吸收了大量理论学说，完善了我国侵权法的具体规则。《关于审理触电人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《关于当事人申请财产保全错误造成案外人损失应否承担赔偿责任若干问题的解释》、《关于审理船舶碰撞纠纷案件适用法律若干问题的解释》和略晚于侵权责任法出台的《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》则吸收了学者对于相关特殊侵权行为领域的司法建议。

第二，结合我国改革开放的深入和市场经济的发展过程中出现的新问题，及时出台具有针对性的商事法律司法解释。2000年来最高人民法院吸收了大量民商法学者对公司法、证券法、破产法、票据法、保险法、海商法等领域的研究成果，结合商事法律制度的修改，制定了《关于审理票据

纠纷案件若干问题的规定》、《关于审理企业破产案件若干问题的规定》、《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》、《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》和《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（一）》等 18 部司法解释，有力的指导了各级法院对疑难商事案件的处理。

第三，在网络经济和知识产权制度不断完善和发展的社会背景下，民商法学者推动最高人民法院制定了大量具有时代性和针对性的重要司法解释。最高人民法院于 2000 年颁布了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》，又罕见的于 2003 年和 2006 年进行了两次修订。另外，最高人民法院还专门颁布了《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》以解决该领域的疑难问题。十年来知识产权领域的司法解释以商标权领域最为突出，最高人民法院吸收了大量学术成果和司法实践经验，颁布了《关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》、《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》和《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》等四部司法解释。在专利权领域，不但颁布了《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》和《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》，还结合最新的司法实践需要发布了《关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》，其中民商法学者功不可没。另外，最高人民法院还吸收学者研究成果，发布了《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》。

第四，劳动法领域，鉴于我国劳动关系领域的特殊性，民商法学者进行了大量实证研究，推进最高人民法院制定了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》、《关于人民法院审理事业单位人事争议案件适用法律若干问题的解释》和《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》等重要司法解释，有力的促进了相关案件的和谐有序处理。

（三）为中国法学研究的进步作出了重大贡献

在过去的十年里，中国民商法学研究实现了“五化”，即法学研究的全面化、研究方法的多元化、法学学术的规范化、观点见解的深刻化和法学理论的体系化，为中国法学研究的进步作出了重大贡献，主要体现在如

下方面:

第一,加强了法律对于人的主体地位的重视,明确了民事主体-客体的关系,提高了对人格权、身份权的保护力度,实现了马克思主义法学理论要解放人,实现人的全面发展的理论目的。

第二,促进中国公民的权利意识觉醒,促使我国政府和立法机关加强对私权的保护。新通过的侵权责任法第4条明确了“私权优先”的理念,特别值得肯定。如果说行政法的研究主要在于限制公权力膨胀的话,那么民商法学的研究就是在促使私权利更加得到公权力的重视。通过行政法与民商法学的共同努力,在我国已经实现了对于私权的更加全面的保护。

第三,基本建立起了中国特色民商法学理论体系,实现了从单纯的法律移植研究向针对中国社会实际进行研究的重大转变。经过上个世纪对西方法律发达国家成熟法律体系的经验和教训进行的借鉴性研究,21世纪的中国民商法学体系,不但继承了大陆法系传统民法的精髓,还吸收了不少英美法系的先进经验,创造出了具有中国特色的民商法学理论体系。

第四,在吸收借鉴域外先进立法经验的同时,坚持了立法的本土性和创造性。例如,我国物权法是一部具有中国特色的法律,具体表现在所有权体系的构建、对农村土地权利体系和规则的设计、对国有资产的保护以及对城市居民住宅所有人的建筑物区分所有权及其规则的确定等方面。我国侵权责任法坚持了民法通则确立的民事责任法的传统,确立侵权责任法是所有民事权利的保护法;单独制定侵权责任法,扩展了侵权法的调整空间;紧密结合司法实践,融汇各国侵权法优势;改变单一归责原则,对特殊侵权责任分别情况适用不同归责原则。侵权责任法第四次审议时新增加的第86条,就是针对地震中因房屋质量问题倒塌而起草的,具有强烈的针对性和时代感。这些都体现了我国民事立法的本土性和创造性。

二、21世纪第一个十年我国民商法学研究存在的不足

在取得上述成就的同时,在21世纪第一个十年中,中国民商法学研究的发展还存在以下不足:

第一,在促进民商事司法实践进步方面,还不能跟上法学研究和立法进程。我国民商事立法的数量在比较法上名列前茅,法学研究的进步有目共睹,并得到了东亚地区其它法域学者的一致肯定。但中国民商事司法仍

然存在大量问题需要解决,中国民商事法学研究在此方面的促进作用,远远跟不上民商事法学研究以及在促进立法方面的作用。

第二,民商法学研究学者的研究过细、过窄、过专,学科之间壁垒森严。我国民商法学者的研究存在过细、过窄和过专的问题。在民商法学内部,狭义的民法学者往往仅研究有关财产的法律,很少涉足婚姻家庭法的研究,与商法学者、知识产权法学者的交流更少,劳动与社会保障法受到的重视也略显不足。在民商事实体法与程序法的关系上,脱节比较严重。“实体不管程序、程序不管实体”的现象仍然存在,一方面导致了实体法与程序法研究的成果可能存在潜在的冲突,另一方面在学科建设上也导致民事程序法的萎缩。建议民商法学者进行实体法与程序法的一体化研究,程序法学者加强对民事实体法的研究,甚至可以考虑将民事诉讼法纳入广义的民商法学进行研究。

第三,理论研究与参与实务的结合不够。我国民商法学研究中,制度性、理论性研究较多,对于民事权利的形式与其他权利的协调研究不够。不少研究者没有司法实践经验,或者仅仅是通过提供专家意见参与司法实践,而没有实际的代理过案件或者作为仲裁员仲裁过案件,这样的研究容易造成理论与实践的脱节。

第四,民法的社会启蒙运动没有得到足够的重视。民法通则颁布以来,尽管经过了20余年来的普法工作,民商法学者也积极参与法律宣传工作,但在大众的观念中仍然缺乏法律意识和法治观念,尤其是民法意识,对于法律的认识仍然主要集中于刑事法律和行政法律。对于大众民法意识的提高,如果说十年前提出要“走进民法”,那么十年后仍然处于“启蒙刚刚开始”的阶段。这说明,民商法学作为社会基本行为规范,对于社会的渗透力还不够,民法的社会启蒙运动还任重道远。

三、21世纪第二个十年我国民商法学研究的展望

(一) 21世纪第二个十年我国民商法学研究将实现“四个转变”

转变之一:从前十年面向立法向未来十年面向司法的转变

中国第四次民法典起草,从合同法的起草到侵权责任法的颁布,第一个十年中的民商法学研究主要体现为面向司法的法学研究,主要关注民法典的体例安排与规范设计。第二个十年的中国民商法学研究应当是面向司

法的法学研究，要注重梳理中国司法者的智慧，积累共识，共同促进中国民商事司法的进步。

转变之二：从前十年学说依附于立法向未来十年学说指导立法转变

我国现行的民商事法律制度，大多都有舶来品的痕迹，但从民法通则以来，我国民商事立法开始出现并在逐渐增加中国元素。现在学术界关注的民商事理论争议，大都可以追溯到民法通则。但同时可以看到，不少学说的出现，是基于立法而非理论的探讨。最为典型的，如民法通则在侵权责任的规定中对公平责任的确立。中国民商法学者在第二个十年中，应当构建对中国民法具有解释力的民法学说，逐步形成与中国民事立法对应的中国自己的民法体系，而无需继续通过大量的外文引注来完成论证。在第二个十年中，中国民商法学者主体意识应当继续增强，自尊心和自信心必须建立，进一步梳理和整理理论和实践中的中国元素，建立中国民商法学的学术传统，实现民商法学的中国化，指导中国的民商事立法不断发展。

转变之三：从前十年论断型研究减少向未来十年说理型研究增加转变

在第一个十年，我国民商法学研究中的论断型研究在逐渐减少。学术研究不再是“甲说、乙说、丙说加我说”的思维、论证套路，法律逻辑分析、经济分析和比较法分析的成分在不断增加。但法律逻辑分析方法本身并不具有积极论证作用，只能作消极论证，即由于没有增加论证要素，只能排除不具备资格的探讨。因此，纯粹的法律逻辑分析实际上并没有说理，只不过是“重复结论”当作“论证结论”而已。在大量所谓的法律经济分析研究中，由于离开了第一手数据，实质上仍然是法律逻辑分析。而法律的比较分析本身是法律社会分析的分支，由于大多数比较法分析离开了社会背景分析，也无法超越法律逻辑分析的范畴。因此，用法律逻辑分析替代论断型研究体现出的是中国民商法学研究方法的进步，但这种研究方法本身仍然存在较大的局限性。在第二个十年中，中国民商法学应当更加注重说理型研究。在处理法律解释方法与法律论证方法的关系上，应该认识到法律解释方法只是在转述立法者和进一步评价立法者的认识，帮助法律适用者找到结论，但不能保证解释结论的正当性。这是因为，如果大家都能够通过法律解释方法得出同样的结论，那么法律解释方式的论证本身就是多余的。因此，即使用同样的解释方法，也可能得出复数解释结论，这时法律解释方法就失去了作用。只有用添加了法律说服因素的法律